

# *La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración\**

Ciro Nolberto Güechá Medina\*\*

Recibido: 1 de octubre de 2015 • Aprobado: 7 de septiembre de 2016

DOI: 10.22395/ojum.v16n31a1

## RESUMEN

La definición clásica de acto administrativo implica una expresión de voluntad de la Administración que surte o busca surtir efectos jurídicos, y en esta medida los criterios de unilateralidad y discrecionalidad han primado en la naturaleza de los mismos; sin embargo, en la presente investigación, se hacen nuevos planteamientos sobre dicha naturaleza, a partir de la inexistencia de discrecionalidad administrativa, con el fin de establecer un criterio adecuado en la definición y naturaleza jurídica del acto administrativo. El artículo contiene reflexiones y argumentaciones desde la doctrina, la jurisprudencia y la legislación colombiana, pero con un criterio de derecho comparado, que permite un adecuado análisis del tema.

*Palabras clave:* Acto; acto administrativo; discrecionalidad; formalismos; unilateralidad; efectos jurídicos.

---

\* Resultado del Grupo de Investigaciones en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás Bogotá, proyecto de investigación en curso sobre Derecho Administrativo, financiado por la Universidad Santo Tomás Bogotá, en el cual el autor es investigador principal.

\*\* Ph.D en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Ph.D. en Derecho de la Universidad Alfonso X de Madrid España, candidato a Ph.D. en Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca; decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá- Colombia. [ciroguecha@hotmail.com](mailto:ciroguecha@hotmail.com).

## ***The notion of the administrative act: an analysis from discretionality in Administration acting***

### **ABSTRACT**

The classic definition of the administrative action implies an expression of will of the Administration intended to take legal effects; in this way, unilateral and discretionary criteria have prevailed in their nature; however, this research provides new statements on such nature from the nonexistence of the administrative discretion, in order to set the proper criterion in the juridical definition and nature of the administrative action. This article contains reflections and arguments from the Colombian doctrine, jurisprudence, and legislation, but holding a criterion of compared law which allows making a proper analysis of the topic.

*Key words:* action; administrative action; discretion; formalism; unilateral; legal effects.

## INTRODUCCIÓN

Las actuaciones administrativas evidencian de una u otra manera las potestades o poderes de que están investidas las entidades o administraciones públicas<sup>1</sup>, que las colocan en un plano de desigualdad superior frente a los particulares, en cuanto a que les otorgan mayores prerrogativas para el cumplimiento de la función administrativa<sup>2</sup>. Implica lo anterior que los organismos del Estado ejercen su actividad con ciertas ventajas frente a los particulares, por cuanto la naturaleza de las funciones que desarrollan obliga a otorgarles privilegios en el ejercicio de las mismas, para que a través de ellas se logre el cumplimiento de los fines tanto de las personas jurídicas públicas en particular, como del Estado en general<sup>3</sup>.

La discrecionalidad administrativa es un privilegio de las Administración Pública, por cuanto sin mayor ritualismo desarro-

lla cierta actividad administrativa, sin el yugo estricto de la formalidad legal, lo que ha implicado que alguna doctrina la identifique con la ausencia de regulación<sup>4</sup>, circunstancia que puede generar arbitrariedad en el actuar administrativo por inexistencia de sometimiento al principio de subordinación de las personas jurídicas públicas a la legalidad.

La ausencia de regulación legal no significa que las entidades públicas puedan realizar la actividad administrativa bajo el criterio de discrecionalidad absoluta, por cuanto existe un principio regulador de toda la actividad administrativa como es el de la habilitación legal, que consiste en que las autoridades y, por tal, la entidades públicas solo pueden hacer lo que les permite la ley<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Jean Rivero (2002, p. 34) muestra el poder público, la favorabilidad de derechos que les asisten a las entidades públicas frente a los particulares, cuando dice: "Ver en el poder público el signo característico de la regla de derecho administrativo, es, en efecto, en términos concretos, afirmar que esas reglas se diferencian de las del derecho privado en que ellas confieren a la Administración, en sus relaciones con los particulares, un conjunto de prerrogativas cuyo equivalente no se halla en las relaciones de los particulares entre sí, según como los rige el derecho privado. Es la vieja y simple verificación de la desigualdad que en la base de la relación de derecho público, se opone a la igualdad jurídica sobre la cual reposa el derecho privado".

<sup>2</sup> Teniendo presente que el acto administrativo es una expresión de imposición unilateral de la administración frente al particular. (Güechá, 2009).

<sup>3</sup> El poder siempre ha implicado la búsqueda del logro de los fines del gobernante y, en nuestro parecer, del Estado que gobierna. (Rota, 2009).

<sup>4</sup> "En el Derecho administrativo español y alemán del siglo XIX y principios del siglo XX existió la tendencia de identificar los casos de ausencia de norma reguladora de determinado ámbito de actividad de la Administración, es decir, de existencia de lagunas legales, como supuestos de discrecionalidad administrativa". (Marín, 2007, p. 154)

<sup>5</sup> El artículo sexto constitucional así lo prevé, cuando dice que los particulares son responsables ante las autoridades, por infringir la Constitución y las leyes, y los servidores públicos, por las misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; consagración que ha sido reconocida por la Corte Constitucional cuando en la sentencia C – 337 de 19 de agosto de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa dijo: "*La legitimación del acto se obtiene por medio de la autorización legal. Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal*" (Corte Constitucional. 1993).

Lo anterior permite indicar que el objeto que se persigue con el presente artículo es verificar cómo opera la actividad de la Administración, desde la óptica de la existencia o no de discrecionalidad administrativa, y de esta manera, plantear un criterio adecuado sobre la naturaleza jurídica de los actos administrativos; por tal razón, para el desarrollo del mismo se verificaron los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia en el sistema jurídico colombiano y en el derecho comparado, especialmente en el ordenamiento español.

En tales circunstancias, es preciso que formulemos el siguiente problema de investigación, que permitirá estudiar de manera coherente el funcionamiento de la actividad administrativa, así: *¿Las actuaciones de la administración pública, son la expresión de la voluntad de la administración, en ejercicio de potestades discrecionales, que determinan la noción de acto administrativo?*

La metodología utilizada en el presente caso se enmarca en una metodología analítica - argumentativa. Para resolver el problema de investigación planteado el artículo se estructura en los temas que a continuación se relacionan y que determinan: en primer lugar se expresan los formalismos en las actuaciones administrativas, luego se hace una referencia al principio de legalidad que somete las actuaciones de la administración al imperio de la ley y la alejan de la discrecionalidad, se continúa con el análisis de los actos administrativos como expresión de la voluntad de la ley que evidencian la ausencia de discrecionalidad en la actuación y los ac-

tos de la administración, seguidamente se hace referencia a las valoraciones frente a los conceptos jurídicos indeterminados, para decir que no constituyen discrecionalidad administrativa; finalmente se hace referencia a la jurisprudencia colombiana que no es uniforme en la noción de discrecionalidad administrativa, pero reconoce tácitamente la inexistencia de la misma y el escrito termina con las conclusiones, que contienen la resolución del problema planteado.

## 1. **RITUALISMOS EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS**

El ordenamiento jurídico colombiano ha previsto que todas las actuaciones de las autoridades públicas deben someterse a las regulaciones contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - Administrativo,<sup>6</sup> o en las leyes que se dicten para casos de procedimientos especiales,<sup>7</sup> lo que significa, que toda actividad de la Administración Pública está condicionada o determinada

<sup>6</sup> El actual Código de Procedimiento Administrativo en Colombia está contenido en la Ley 1437 de 2011 (Ley 1437, 2011).

<sup>7</sup> El artículo de la Ley 1437 de 2011 así lo prevé, cuando hace referencia al ámbito de aplicación del Código, haciendo referencia a que las normas de la parte primera del mismo se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado, dándosele el nombre de particulares; pero además indicando que las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en el Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales; sin embargo, que en lo no previsto en norma especial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437, 2011).

por las regulaciones de procedimiento administrativo preexistentes, que no es otra cosa que la expresión del principio del debido proceso, que con el rango de derecho fundamental, se consagra en la Constitución<sup>8</sup>.

Implica lo anterior, que no existe la posibilidad para una entidad pública de sus traerse a las regulaciones previstas por el Código de Procedimiento Administrativo o de la norma especial que regule el trámite que se esté surtiendo, pues viola el principio del debido proceso, lo que determina que exista un formalismo obligatorio en toda actuación administrativa, pues de apartarse del mismo, cualquier decisión estará afectada de ilegalidad y el acto será anulable ante la jurisdicción de lo contencioso - administrativo<sup>9</sup>.

En efecto la Ley 1437 de 2011 contempla en la parte primera las regulaciones que hacen referencia al procedimiento administrativo, las cuales incluyen desde la finalidad, el ámbito de aplicación, los principios, los derechos y deberes, las formas de iniciar los procedimientos administrativos y el desarrollo de los mis-

mos, hasta la culminación con la decisión administrativa, es decir, el acto administrativo y sus formalidades par su eficacia, lo que evidencia un ritualismo estricto en las actividades de las administraciones públicas, que de alguna u otra forma contribuyen al cumplimiento de los fines del Estado, pues ordenan y dinamizan la función de las entidades, para la garantía de los derechos de las personas.<sup>10</sup>

Una de las expresiones más claras de los formalismos en la función administrativa está en los contratos del Estado, por cuanto toda decisión que allí se tome debe estar precedida de un procedimiento administrativo previo y los actos que se dicten deben ser debidamente motivados, con excepción de los de mero trámite<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> El artículo 29 constitucional contempla el principio del debido proceso en los siguientes términos: "El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio... Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso" (Constitución Política, 1991).

<sup>9</sup> El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece las causales de nulidad de los actos administrativos, dentro de las cuales se encuentra la expedición irregular de los mismos, por vicios de forma o procedimiento (Ley 1437. 2011).

<sup>10</sup> C.E de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ACU-189 sentencia de 13 de marzo de 1989, M.P. Juan de Dios Montes Hernández, lo refleja de la siguiente manera: " Es preciso resaltar que el Estado moderno se caracteriza por una compleja estructura de organización del poder, regulada por reglas regularmente creadas (se apropió para sí el monopolio de las regulaciones normativas intersubjetivas) que le permiten disponer de recursos humanos y medios materiales en orden de cumplir los cometidos que legitiman su existencia, los cuales no pueden ser otros que garantizar y producir las condiciones necesarias para el pleno ejercicio y disfrute de los derechos de los asociados.

... De allí que el artículo 2º del CCA prescriba que la actuación de la Administración "tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como los señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley" (Consejo de Estado, 1989).

<sup>11</sup> Una expresión del principio de transparencia en la contratación pública es la motivación de los actos administrativos, en los cuales la Administración consigna las razones para tomar una decisión, con el fin de darle claridad a la actuación y así garantizar la comprensión de la misma y permitir un adecuado control judicial. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que constituye el Estatuto de Contratación Pública de Colombia muestra la obligación

En acápite posterior mostraremos cómo en la contratación del Estado los formalismos en el procedimiento administrativo, priman sobre cualquier potestad que implique discrecionalidad administrativa, llegando al punto de poder afirmar que los contratos públicos son la mayor expresión de ausencia de discrecionalidad en la actuación administrativa.

## 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EXPRESADO EN LA JERARQUÍA NORMATIVA SOMETE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN AL IMPERIO DE LA LEY Y LA ALEJAN DE LA DISCRECIONALIDAD

Aquel Estado donde la Administración estaba por encima de la ley<sup>12</sup>, superado desde la Revolución Francesa, ha cedido paso a las formas de organización estatal, donde la Administración debe obediencia al derecho y a la legalidad en sentido

estricto,<sup>13</sup> determinó que cualquier procedimiento administrativo deba ajustarse a criterios de legalidad para evitar la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y, en última instancia, la anarquía administrativa.

La Constitución colombiana recoge el anterior postulado cuando establece que las autoridades administrativas deben someter sus actuaciones a la ley en sentido genérico, es decir, a la Constitución, a la ley y al reglamento<sup>14</sup>, circunstancia que determina, que de no hacerlo se configura una causal de nulidad de los actos administrativos, denominada violación de normas superiores o en las que debía fundarse el acto, ya que es imperativo el cumplimiento el principio de legalidad<sup>15</sup>.

De otra parte, ha de indicarse que el principio de legalidad y el imperio de la ley se aplican no solo a las actuaciones administrativas, sino que se extienden a las jurisdiccionales, en cuanto que los jueces en sus decisiones están sometidos fundamentalmente a la ley<sup>16</sup>, así en

de motivar los actos, cuando en el numeral 7 dice: "Los actos administrativos, que se expidan en la actuación contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia" (Ley 80. 1993).

<sup>12</sup> Recordemos como en el antiguo régimen francés, es decir, antes de la revolución de 1789 el rey ostentaba todo el poder y en esta medida Él y en estricto sentido la administración estaban por encima de la Ley; en efecto, Vedel, de manera clara, lo expresa de la siguiente manera: "No hay duda de que, en teoría, el rey reunía todas las competencias que se derivan de la soberanía. Ostentaba, a la vez, el poder legislativo (reserva hecha del respeto de las leyes fundamentales del reino), el poder ejecutivo (era el jefe de la administración y de las fuerzas armadas) y el poder judicial: las diversas jurisdicciones (con excepción de los tribunales eclesiásticos) juzgaban en su nombre, siendo prueba de esta "justicia retenida" el derecho que tenía el rey para resolver él mismo en última instancia e cualquier proceso". (VEDEL, 1980, p. 57)

<sup>13</sup> "El principio de legalidad, que domina toda la teoría de los actos administrativos, significa que la Administración está sometida al derecho. La ley, encarnación de la voluntad general, se impone a la Administración como ella se impone a los individuos: "nadie puede ignorar la ley". La sumisión de la Administración al derecho es una garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad, la incoherencia o la ineficacia de la acción administrativa". (MORAND, 2010, p.72)

<sup>14</sup> Este aspecto se puede profundizar en el artículo 123 de la Constitución Colombiana de 1991 (Constitución Política, 1991),

<sup>15</sup> El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 contiene las causales de nulidad de los actos administrativos, dentro de las cuales se encuentra la de violación de la legalidad (Ley 1437. 2011).

<sup>16</sup> Este aspecto se puede profundizar en el Artículo 230 constitucional (Constitución Política, 1991).

algunos eventos se haga referencia a la obligatoriedad de la jurisprudencia con fundamento en la noción de precedente jurisprudencial<sup>17</sup>, el cual es aplicado a la actividad administrativa, con las regulaciones que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - Administrativo hace frente a la aplicación uniforme de la jurisprudencia por la autoridades administrativas<sup>18</sup>, y a la extensión de la jurisprudencia en decisiones de las entidades públicas<sup>19</sup>.

Significa lo anterior que la Administración debe actuar de acuerdo con las reglas de derecho que han sido previamente establecidas, sin que exista la posibilidad de apartarse de las mismas, porque, además de configurarse el error de derecho por violación directa de la ley<sup>20</sup>, se configura una expedición irregular del acto que de igual forma lo invalida, circunstancias que muestran la inexistencia de discrecionalidad en las actuaciones de las administraciones públicas, pues se refleja un estricto sometimiento a la normativa que contiene expresas ritualidades para la expresión de voluntad<sup>21</sup>.

### **Los actos administrativos discrecionales se someten al principio de legalidad en idénticas circunstancias que la generalidad de actos administrativos**

El artículo 44 de la Ley colombiana 1437 de 2011 consagra la existencia de actos discrecionales, bajo la condición de su subordinación al principio de legalidad. En efecto, el artículo mencionado dice: *"En la medida que una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe adecuarse*

<sup>17</sup> Para un estudio detallado sobre el precedente jurisprudencial en Colombia, ver (López, 2006).

<sup>18</sup> El artículo décimo de la Ley 1437 de 2011 consagra la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia de la siguiente forma: *"Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos fundamentos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"* (Ley 1437. 2011). Debe indicarse que la Corte Constitucional, en sentencia C-634 de 2011, declaró exequible el artículo antes transcrito, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado, de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia, sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad. (Corte Constitucional. 2011).

<sup>19</sup> El artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - Administrativo habla de la extensión de la jurisprudencia en el sentido de que las autoridades administrativas están obligadas a extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho a quienes lo pidan y se encuentre en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas (Ley 1437. 2011).

<sup>20</sup> Rivero, identifica la violación directa de la ley, es decir, el error de derecho, cuando la Administración actúa como si la regla no existiera, sin tenerla en cuenta (Rivero, 1984, p. 280).

<sup>21</sup> C. E. de Colombia, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de mayo 30 de 1974, refiere desde tiempo atrás la necesidad de existencia de ritualidades en la actuación de la Administración, las cuales clasifica en sustanciales y accidentales, declarando que existe vicio de ilegalidad de un acto, cuando se omiten formalidades sustanciales en la expedición del mismos, es decir, aquellas que afectan el debido proceso y el derecho de defensa de las personas. (Consejo de Estado. 1974)



a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa". Implica la consagración del artículo 44 que las decisiones, sin importar su naturaleza, deben estar acordes con las normas que las autorizan, indistintamente sean o no discrecionales.

Lo anterior es así, por cuanto las mismas son el resultado de actividad administrativa que está impregnada del principio de legalidad; en esta medida, alguna parte de la doctrina afirma que lo discrecional no son los actos administrativos, sino la facultad de actuar de la Administración<sup>22</sup>, ya que la misma escoge el momento que considere conveniente para surtir el trámite y la decisión administrativa, y que el acto administrativo que sea proferido, como está sujeto a la ley y a las ritualidades que ella comporta, no puede ser discrecional, pero cuando la Administración selecciona el momento de actuar, refleja la subjetividad que le asiste para el desarrollo de la actividad; es decir, que lo discrecional es la competencia para la actuación<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> "No puede hablarse de actos discrecionales, sino de facultades discrecionales, u oportunidades para proferir el acto administrativo, de acuerdo con las circunstancias políticas, sociales, económicas, etc., que más le convengan a la administración, de acuerdo con la ley" (Penagos, 1992, p. 103).

<sup>23</sup> Se puede ver en Santofimio (Santofimio, 1998) una detallada relación a la teoría de la elección por parte de la Administración del momento para actuar, en los siguientes términos: "Lo anterior nos permite sostener que el ejercicio de competencias que den lugar a decisiones administrativas, siempre y de todas formas, implicará algún grado de subjetividad; la doctrina contemporánea está de acuerdo en aceptar que "no existe una competencia reglada pura", porque incluso, en toda actuación de la administración, el cinturón de fuerza de la atribución vinculatoria o reglada se ve disminuido necesariamente por lo que se denomina "elección del momento";

Debemos dejar sentado que no estamos de acuerdo con la postura planteada en el sentido de que lo discrecional es la facultad o el momento de actuar que da lugar a actos administrativos que no son discrecionales, porque si el procedimiento para dictar el acto es reglado y los actos igualmente reglados, las facultades para actuar también lo son, en cuanto se derivan de la ley, que las ha establecido como competencia de la autoridad administrativa para actuar; no es cierto que la Administración tenga plena facultad para determinar el momento en que debe actuar, ya que la función o actividad administrativa están sometidas al principio de legalidad que determina y condiciona a la autoridad pública en la actuación, inclusive en el momento en que debe actuar<sup>24</sup>.

Pero además, no debe olvidarse que la actividad administrativa está sujeta a los criterios de adecuado servicio público, que condicionan a la Administración para desarrollar una actividad administrativa y de una u otra forma limitan el ejercicio de las competencias administrativas, ya

figura con la que no se hace otra cosa que reconocer el grado de subjetividad o de iniciativa de que goza la administración para el estudio y análisis de la realidad fáctica, respecto de los estrictos contenidos normativos, en cumplimiento de la potestad reglada" (Santofimio, 1998, p. 79 y 80).

<sup>24</sup> Carlos Torres evidencia cómo la potestad discrecional de actuación de la administración se deriva de la ley, cuando dice: "El ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente a la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia administración con lo que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. No se trata de una facultad extralegal que surja de un poder originario de la administración, es por el contrario una estimación facultada por la ley que configura la facultad" (SÁNCHEZ, 2004, p. 227).



que una entidad pública, cuando dicta un acto o desarrolla función administrativa, debe cumplir dos postulados de buen servicio, como son el mejoramiento del mismo y el cumplimiento de intereses generales (Guglielmi, y Koubi, 2011, p. 39.).

Como se puede observar, la sujeción de la actividad administrativa a la ley es muy clara, llegando al punto de anular la existencia de una discrecionalidad administrativa, en sentido estricto, para dar paso a la formalidad, al ritualismo en el procedimiento de las entidades públicas, que llevan a las regulaciones legales al extremo de que el legislador en una misma norma indique la existencia de actos discrecionales, como lo hace en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pero, a su turno, recalca que todo acto que se dicte como consecuencia de procedimiento administrativo debe ser motivado, lo que significa que se convierte en acto reglado y desaparece la noción de discrecionalidad, tanto en la decisión como en su formación (Ley 1437, 2011).

### 3. **LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA LEY Y NO DE LA ADMINISTRACIÓN**

La noción clásica francesa distinguió los actos de la Administración en actos de gestión y actos de autoridad, involucrando en los de gestión aquellos que implicaban un acuerdo entre una entidad pública y un particular, es decir, los contratos, dentro de los cuales existía un plano de igualdad entre las partes que intervenían en los mismos; por su parte, los actos de

autoridad reflejaban la imposición unilateral de la Administración frente al particular, que determinaba una desigualdad superior de las administraciones del Estado, contemplando como expresión de los mismos lo que conocemos como actos administrativos (Expósito, 2003, p. 113).

En los actos de autoridad, la Administración hacía uso de su poder de *imperium*, soberano de potestad pública, que los distinguía de los particulares y en esta medida, dio lugar a lo que HAURIOU llamó decisiones ejecutorias, es decir, aquellas susceptibles de cumplimiento oficioso unilateral por parte de las administraciones públicas, que de alguna manera reflejaban aquellas manifestaciones de voluntad del rey que no tenían control de legalidad, porque recordemos que en el antiguo régimen la Administración estaba sobre la ley; pero como el principio que primaba era el de legalidad, no se podían librar del sometimiento a la misma; así, una entidad pública cuando dictara un acto de autoridad estuviera ejerciendo el poder soberano del Estado, ya que este no lo libraba del control legal.

Esta noción de acto de autoridad del sistema francés no se aleja del concepto adoptado por el derecho alemán para definir el acto administrativo, diciendo que es: *"una declaración administrativa de autoridad que determina frente al súbdito, en el caso concreto, lo que para él debe ser Derecho"*, (Mayer, p. 95. En Gallego y Menéndez, 2011, p. 23) lo que implica la existencia de una declaración de voluntad de la Administración, en ejercicio de potestades públicas administrativas, que es lo que ha carac-

terizado, de igual forma el concepto en el derecho español; en efecto, la doctrina clásica española lo identifica con la declaración de voluntad de la Administración en ejercicio de poder administrativo,<sup>25</sup> con efectos obligatorios o vinculantes.<sup>26</sup>

El ordenamiento jurídico colombiano, y fundamentalmente la doctrina, ha adoptado el concepto de acto administrativo a partir del criterio francés de manifestación de la voluntad de la Administración que produce o busca producir efectos jurídicos, la cual denota un sentido de unilateralidad<sup>27</sup>, para distinguirla de los contratos administrativos, pero en uno y otro caso se deriva de la noción de acto jurídico<sup>28</sup>, de igual forma, la jurisprudencia

ha acogido el criterio de manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos y así conformar una definición que consideramos uniforme dentro de nuestro sistema de derecho<sup>29</sup>.

Al contrario de lo que pueda ocurrir en otros ordenamientos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - Administrativo contempla una definición de acto administrativo, cuando en el artículo 43 se refiere a los actos definitivos en los siguientes términos: "*Son actos definitivos los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación*"; definición que no se aleja del criterio de manifestación de voluntad de la administración, como lo han venido reiterando la doctrina y la jurisprudencia.

Cuando en una actuación administrativa, se exigen requisitos y formalidades especiales<sup>30</sup>, nos encontramos ante el proce-

<sup>25</sup> García De Enterría, y Fernández (1993, p. 520) es de esta postura cuando dice: "*Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria*". Debe indicarse, que en el sistema jurídico colombiano, la potestad reglamentaria está prevista en el artículo 189 -10 de la Constitución de 1991, inicialmente en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa; función que se ejerce no solo por el Presidente, sino por otras autoridades, en ejercicio de función administrativa y a través de decretos reglamentarios que se consideran actos administrativos.

<sup>26</sup> Gallego y Menéndez (2011, p. 45) son del criterio vinculante del acto administrativo, cuando expresan: "*acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos*". Ha de entenderse la noción de resolución con la de decisión administrativa.

<sup>27</sup> Frier y Petit (2008, p. 273) define el acto administrativo en este sentido: "*L'acte administratif unilateral affecte l'ordonnement juridique - il crée des obligations ou fait naître des droits - par le seul effet de la volonté de l'administration, indépendamment de tout consentement de l'assujéti ou du bénéficiaire, lorsqu'ils en sont les destinataires*".

<sup>28</sup> Para la noción de acto administrativo en el derecho

colombiano, se puede ver: Rodríguez (2002, p. 217); Sánchez (2009, p. 33); Santofimio (1998, p.128); Penagos (1992, P.85); Huerta (2008, p. 249); entre otros autores que se refieren al concepto.

<sup>29</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-69 de 23 de febrero de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara, al referirse al concepto de acto administrativo, ratificó el criterio de manifestación de voluntad de la administración, cuando dijo: "*La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración y en sí mismo lleva la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz*" (Corte Constitucional, 1995).

<sup>30</sup> Debemos manifestar, que entre las ritualidades del procedimiento administrativo encontramos las formas y las formalidades sustanciales en la expedición de un acto administrativo; dentro de las formas tenemos requisitos que incluyen la

dimiento y el acto administrativo reglado, en donde se deben cumplir de manera obligatoria las ritualidades requeridas o de lo contrario se configura ilegalidad del acto, el cual es así anulable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>31</sup>. En efecto, si en la solicitud de una licencia de construcción es preciso aportar cierta documentación como planos, uso del suelo, licencias ambientales, entre otros, y además, es obligatoria la citación de terceros, para que de verse afectados con el trámite administrativo, formulen las oposiciones correspondientes, estas ritualidades se hacen sustanciales a la actuación que se surte<sup>32</sup>.

En el evento en que una persona cumpla con los requisitos exigidos para obtener la licencia de construcción y se surta en trámite previsto por la ley, la entidad pública está en la obligación de otorgarla,

instrumentalidad del acto y además que sea motivado, como ocurre en los contratos del Estado, por su parte las formalidad hace referencia a las actuaciones necesarias, es decir esenciales en el trámite de la Administración, dentro de las cuales, se encuentran aquellas que de no surtir se violan el debido proceso y el derecho de defensa y que si se hubieran realizado tal vez la decisión hubiese sido distinta.

<sup>31</sup> El artículo 137 de la Ley Colombiana 1437 de 2011 como ya se dijo, contempla las causales de nulidad de los actos administrativos, dentro de las cuales está la de expedición irregular por violación de las formas y formalidades, que el Consejo de Estado ha reconocido de forma reiterada (Ley 1437. 2011 ).

<sup>32</sup> Arias (2013 p. 90) recuerda que las ritualidades en la actuación administrativa, buscan evitar la arbitrariedad: "Si se sabe que de conformidad con el artículo 29 de la C.P. tanto los actos judiciales como los de la administración deben respetar las formas propias de cada juicio, resulta forzoso concluir que en materia de actos administrativos existan algunos procedimientos que son consustanciales a su emisión, verdaderas garantías para evitar la arbitrariedad".

porque si no lo hace el acto está viciado de ilegalidad y es anulable; por esta razón, en este caso y en todos en que se exijan ritualidades específicas dentro de la actuación de las administraciones públicas, la decisión que se contiene en los actos administrativos no implica expresión de voluntariedad de la autoridad o la entidad administrativa, sino de la ley, lo que determina la inexistencia de discrecionalidad, tanto en el acto como en la actuación administrativa<sup>33</sup>.

Es conocida la postura que sostiene que al no existir discrecionalidad en el acto, la misma se encuentra en la facultad u oportunidad para la actuación que, como lo indicamos anteriormente, daría lugar a que una entidad pública escogiera el momento oportuno para tomar una decisión que configura acto administrativo, pero esto no es correcto, porque la actuación está igualmente sometida al principio de legalidad, al debido proceso y a la habilitación legal, quitándole así la discrecionalidad a la Administración para surtirla.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Penagos (1992, p.515) expresa. "2. NO EXISTEN ACTOS DISCRECIONALES. El funcionario solo puede hacer lo que le autorice la Constitución y leyes, así lo establece la Constitución en los artículos 6, 121 y 122. (son de la Constitución de 1886). No puede hablarse de actos discrecionales, sino de facultades discrecionales, u oportunidades para proferir el acto administrativo, de acuerdo con las circunstancias políticas, sociales, económicas, etc., que más le convengan a la administración". El paréntesis es nuestro.

<sup>34</sup> Para Sánchez (2009, p. 33), es claro en precisar, que frente a los actos reglados, la administración no tiene ninguna clase de discrecionalidad, sino que su papel se limita a constatar ciertos hechos, para aplicar la norma, en nuestro parecer, para expresar la voluntad de la ley; en efecto, el profesor Sánchez dice: "El ejercicio de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación del supuesto hecho legalmente definido de manera completa a aplicar en presencia

Significa lo anterior, que no es jurídicamente sustentable seguir hablando de manifestación de la voluntad de la Administración cuando se haga referencia a la definición de actos administrativos, producto de un procedimiento reglado, ya que evidentemente, las regulaciones legales no permiten mantener la afirmación.

Podría pensarse que la situación cambia, cuando el acto administrativo es el resultado de un procedimiento no reglado, es decir, frente a lo que conocemos como actos discrecionales<sup>35</sup>, pero esto no es así, por cuanto el principio de legalidad, el debido proceso, la habilitación legal, unidos con los conceptos de interés general y buen servicio público, condicionan la actuación y la decisión contenida en el acto administrativo.

El propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo así lo prevé cuando, al contemplar los actos discrecionales, los limita al principio de legalidad, al consagrar en el artículo 43, que nos permitimos reiterar: *"En la medida que el contenido de una decisión*

*del mismo lo que la ley ha determinado. La ley no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación del supuesto mismo para constatarlo con el tipo legal.*

*La administración, ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido preciso y completo.*

*[...] No existe discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente en virtud de ella y en la medida en que la ley haya dispuesto".*

<sup>35</sup> Sostiene Ramos (2003 p.440) que al referirse a los actos discrecionales y reglados, preceptúa: "Los actos reglados son aquellos que la autoridad debe emitir necesariamente, cuando se dan los supuestos que la norma establece, sin dejar algún margen de libertad a la autoridad para decidir sobre su pronunciamiento, a diferencia de los discrecionales en los que la autoridad tiene la libre apreciación de los elementos para determinar su emisión o no".

*de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y a los hechos que le sirven de causa",* circunstancia que evidencia la limitante a la discrecionalidad, que la lleva de una u otra forma a ser subsumida por la ley, ya que si no existe la habilitación legal no puede hablarse de ninguna manera de esta clase de decisiones administrativas.

En efecto, es la autorización legal la que determina que la Administración tome una u otra decisión, lo que significa que, en última instancia, lo que hace la autoridad administrativa es proferir una decisión que le permite la ley y que esté acorde con el ejercicio del buen servicio público<sup>36</sup>, porque si no fuera así se estaría frente a la arbitrariedad.<sup>37</sup>

Se determina, entonces, que en los actos

<sup>36</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-31 de 9 de febrero de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara lo contempla Así: "En ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente.

De esa manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre **(dentro de los límites que fije la ley)** de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no está previamente determinada por la ley". Mayúsculas y negrilla fuera de texto (Corte Constitucional, 1995).

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-64 de 1 de febrero de 2007., M. P. Rodrigo Escobar Gil. Reitera el criterio que la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad cuando prevé: "La discrecionalidad no es equiparable a la arbitrariedad... las decisiones que adopte la administración en ejercicio de dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo..." (Corte Constitucional, 2007).

administrativos la voluntad que se contiene es la de la ley y no la de la Administración, porque en los actos reglados las entidades públicas no se pueden apartar de ninguna forma del precepto legal, y en los denominados discrecionales, aunque existe algún grado de amplitud o autonomía en la decisión, tan poco es posible que las administraciones se aparten de la ley y, en última instancia, la voluntad que se evidencia es la de ella; por esta razón es preciso decir:

*"La única voluntad que manifiestan los actos administrativos es la voluntad de la Ley, que la Administración debe cumplir estrictamente, con independencia de que la similitud de su contenido —un mandato o regulación— con el que es propio de los negocios jurídicos privados haga conveniente distinguirlos de otro tipo de manifestaciones de la Administración que no alteran ningún tipo de relación jurídica (por ejemplo, aquellos actos que sólo acreditan un hecho). Pero en los actos administrativos no se ejercita un supuesto poder administrativo de autoconfiguración, que no existe, ni puede existir, al estar sometida la Administración al principio de legalidad y carecer de otra voluntad que la voluntad de la Ley, aun disponiendo en ocasiones de un margen de decisión para poder alcanzar el objetivo de interés público fijado en el caso".* (Bocanegra, 2005, p. 51)

#### 4. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO CONSTITUYEN DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Los conceptos jurídicos pueden ser determinados o indeterminados y hacen referencia a la existencia de delimitación en la extensión de los mismos, es decir,

en la posibilidad de determinar unidad en la comprensión que sobre un puto de derecho hace una autoridad administrativa; en efecto, ciertos conceptos no ameritan mayores interpretaciones jurídicas, porque son de común aprehensión por las personas y, de esta forma, generan seguridad en su aplicación dentro de la actividad de la Administración Pública que es la que nos ocupa en este caso<sup>38</sup>.

Cuando se está ante un concepto determinado, no se habla de discrecionalidad, porque su aplicación, además de ser unívoca, uniforme, es obligatoria para la Administración Pública, y, en esta medida, no existe voluntariedad administrativa; por el contrario, alguna parte de la doctrina indica que en el caso de los conceptos indeterminados, al no existir unidad en su comprensión, existe un campo de acción para que las entidades ejerzan potestades administrativas, que evidencian discrecionalidad en la actuación de las entidades del Estado.

Los conceptos nacen o se extraen de la realidad, donde tienen determinada com-

<sup>38</sup> Marín (2007, p. 203 y 204) los referencia de la siguiente manera: "... Los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado —cuando menos en línea de principio— de una manera precisa e inequívoca (p. ej., conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación a los 65 años o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras) aunque sí que puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que solo en sede aplicativa serán puntualmente precisados".

preensión y extensión, por lo que puede decirse que son determinados o indeterminados; pero de allí, son llevados al mundo jurídico, adquiriendo tal categoría y padeciendo el mismo problema sobre la determinación o indeterminación<sup>39</sup>; cuando un concepto llega al mundo del derecho y específicamente al de la actuación de la Administración Pública, se convierte en jurídico y será determinado o indeterminado, de acuerdo con su extensión, aplicación y comprensión.

La discusión frente a la discrecionalidad de la Administración se centra en los llamados conceptos indeterminados<sup>40</sup>, por cuanto las administraciones públicas tienen supuestamente un amplio margen de maniobrabilidad para actuar en ciertos sentidos, con fundamento en las valoraciones que se hagan de los mismos, y tomar una u otra decisión a partir de las regulaciones existentes en las normas jurídicas, ya que cualquier valoración que se

realice debe estar acorde con el principio de legalidad que reconoce el concepto jurídico indeterminado.

Significa lo anterior que la discrecionalidad, al estar determinada por una norma jurídica, debe buscarse en la consecuencia jurídica, en el supuesto de hecho o en ambos, a partir de las valoraciones que le es permitido hacer a la Administración. En efecto, alguna doctrina expresa que se encuentra en la consecuencia jurídica, ya que una autoridad pública hará las valoraciones para elegir o no una consecuencia jurídica, a partir de una potestad de actuación y de elección<sup>41</sup>; es decir, que la autoridad administrativa cuando decide actuar tendrá que escoger entre alguna de las soluciones predeterminadas por la norma, configurándose así la discrecionalidad por la actuación y la elección, pero con sujeción a la norma jurídica, es decir, al principio de legalidad, lo que le quita el carácter discrecional, porque la administración está maniatada por la norma (Subra, 1994. p. 58).

Otra parte de la doctrina considera que la discrecionalidad administrativa se encuentra tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica de la norma, es decir, en los aspectos volitivos, de la consecuencia, y cognitivo, del supuesto, a través de un margen de apreciación para la actuación, pero con fundamento en la norma habilitante de la discrecionalidad, lo que significa que

<sup>39</sup> Kaufman (1999, p. 201 a 205) hace una exhaustiva aclaración de los conceptos y de los conceptos jurídicos; identificando nociones como la verdad, que son distintas para el mundo jurídico y para el filosófico, cuando dice: "*Para los juristas la verdad no es nada distinto de lo que establece la vieja fórmula: veritas est adequatio intellectus et rei, es decir un concepto muy objetivista de verdad que ya ha sido abandonado hace mucho tiempo por la mayoría de los más competentes filósofos*".

<sup>40</sup> García (1995, p. 42) al referirse a los conceptos indeterminados conceptúa: "*El arbitrium boni viri, el standard de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, o simplemente los conceptos de fidelidad, respeto, fuerza irresistible, ejemplo corruptor, uso natural de las cosas, etc., todos estos conceptos (unos, conceptos de valor; otros conceptos de experiencia), bien conocidos en la doctrina general del Derecho, son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata*".

<sup>41</sup> Marín (2007, p. 184 y 185) así lo muestra a partir de citas que hace de Hermann Reuss, Fritz Czermak, Hugo Kellner, Klaus Obermayer o Klaus Stern, siendo esta la doctrina alemana más reconocida.



es la disposición legal la que determina y permite el margen de apreciación. Finalmente, existe una postura que ubica la discrecionalidad en el supuesto de hecho únicamente, es decir, que la autoridad pública ya no está en libertad para optar una u otra consecuencia jurídica, sino que su facultad se centra en determinar los presupuestos de su propia actuación<sup>42</sup>; pero como lo hemos venido afirmando, con fundamento en los criterios de la norma que los contiene y la habilita para hacerlo.

Como se puede observar, las valoraciones que hace la Administración frente a la estructura de una norma jurídica, van en uno u otro sentido, pero todas ellas determinadas por la propia norma jurídica, a través de la habilitación legal para realizarlo, lo que significa, que en estricto sentido no existe discrecionalidad, ni expresión de voluntad de las administraciones públicas, sino de la ley; dejando ver a demás que se trata de una actuación reglada de las entidades del Estado, la cual no escapa al control de la jurisdicción<sup>43</sup>.

Implica lo dicho que ni siquiera en los conceptos jurídicos indeterminados, es

posible hablar de discrecionalidad administrativa y voluntad de la Administración, por las regulaciones legales a que están sometidas las administraciones públicas, que de una u otra manera la llevan siempre a expresar una decisión prevista en la ley, sea esta decisión única o adecuada como solución correcta o verdadera dentro de la actuación administrativa, o que permita varias posibilidades dentro de la actuación administrativa, para resolver en uno u otro sentido<sup>44</sup>.

Frente a este punto, debo decir, finalmente, que la Administración y las autoridades públicas ante conceptos jurídicos indeterminados, pueden hacer valoraciones, ya sea respecto de los supuestos de hecho de una norma o de la consecuencia jurídica; así como escoger el momento oportuno para actuar en uno u otro sentido; siempre lo tienen que hacer de acuerdo con la ley, que la determina en la actuación o en la selección del momento para la actividad y, en última instancia, en la decisión.

<sup>42</sup> "De acuerdo con esta postura, debido a que en muchas ocasiones el supuesto de hecho de la norma jurídico administrativa es deliberadamente imperfecto, por la imprecisión, insuficiencia o incluso ausencia de criterios que determinen si se ha de aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, la administración estaría legitimada no ya simplemente para optar entre una consecuencia (s) jurídica(s) preestablecida (s) o no, sino, en un momento previo, para concretar o hasta adoptar los criterios conducentes a definir en la aplicación de ésta (s)". (Marín, 2007. p. 199).

<sup>43</sup> Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, la idea de una facultad reglada en la discrecionalidad administrativa, que en nuestro parecer le quita el carácter de discrecional y el control sobre esa discrecionalidad, véase a García (2005).

<sup>44</sup> Sainz, (1976, p. 192) deja ver que frente a los conceptos jurídicos indeterminados, la facultad de elección y en últimas de decisión está determinada por la ley, cuando dice: "... la tesis según la cual la utilización de tales conceptos por una norma no significa, por sí sola, la atribución de la facultad de elegir discrecionalmente entre varias soluciones posibles, aquella que en cada caso se considera conveniente u oportuna; esta tesis por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite **SI LA NORMA NO DISPONE OTRA COSA**, más que una sola solución correcta y que por tanto la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa". (Mayúsculas y negrilla fuera de texto).



## 5. LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA ESPAÑOLAS, RECONOCEN LA EXISTENCIA DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA, SOMETIDA AL FORMALISMO DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS.

El derecho español ha sido claro en determinar la existencia de actuaciones discrecionales de las administraciones públicas, con fundamento en que existe una potestad o facultad de actuación, a través de la facultad de escoger entre varias posibilidades de solución, teniendo en cuenta el criterio de oportunidad (Parada, 2004., p. 95 y 96) y de apreciación, es decir, de valoraciones que hace la autoridad pública, tanto de la actuación administrativa como en la decisión (Gallego y Menéndez 2011, p. 84.) pero en cualquier caso, en ejercicio de una potestad de derecho administrativo<sup>45</sup>.

Pero el reconocimiento de la discrecionalidad administrativa, a partir de nociones de libre apreciación y conceptos indeterminados a los cuales ya hicimos referencia en acápites anteriores, tiene una marcada limitante en el ordenamiento jurídico de la Madre Patria, con fundamento en el principio de legalidad, es decir, del sometimiento de la actividad de las administraciones públicas a la ley<sup>46</sup>, convirtiéndose

en actos reglados y siendo susceptibles de control jurisdiccional en este aspecto, porque un criterio bien interesante y en nuestro parecer polémico es la ausencia de control jurisdiccional frente a los actos dictados en ejercicio de competencias estrictamente discrecionales<sup>47</sup>, lo cual puede ser peligroso, pues dicha facultad se puede tornar en arbitrariedad.

Significa que en el derecho español, es posible encontrar en un acto administrativo decisiones que pueden tener un carácter reglado, frente a las cuales operará el control de la jurisdicción contencioso - administrativa y, a la vez, unas decisiones con la impronta discrecional, ante las cuales no existe control judicial<sup>48</sup>, pero, de todas maneras, para la producción de los actos administrativos, es preciso

*vadas batallas por la recuperación de terreno en favor del aludido principio de legalidad...*

*... el papel del Derecho administrativo no consiste, por tanto, en una lucha ciega contra el fenómeno (considerado como un mal), sino más bien en velar porque se mantenga dentro de los límites de lo efectivamente necesario y se ejerza en términos razonables y, por tanto, justificables, es decir, cumpliendo la regla básica de sometimiento a la Ley y al Derecho".*

<sup>45</sup> "los actos administrativos deben dictarse, además, en el ejercicio de una potestad de derecho público, más concretamente, de Derecho administrativo, lo que tampoco suscita mayores complicaciones, aunque puede tener alguna importante consecuencia". (Bocanegra, 2005 p.71)

<sup>46</sup> Parejo (1998, p. 464) evidencia la lucha que ha existido entre las potestades discrecionales de la administración y el derecho, para concluir reconociendo criterios discrecionales, pero sometidos al derecho, cuando expresa: "Por ello, la discrecionalidad ha sido y continua siendo campo en el que se libran reno-

<sup>47</sup> El artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así lo contempla cuando consagra en el numeral 2: "Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen, no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". (Ley 1437. 2011)

<sup>48</sup> Parada (2004, p. 97) al referirse al texto del artículo 71 la Ley 29 de 1998, transcribe la exposición de motivos así: "esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad"; y agrega: "De esa forma elementos discrecionales y elementos reglados pueden convivir en un acto administrativo".

cumplir el procedimiento previsto en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo<sup>49</sup>, además de ser precisa la motivación de los mismos en casos específicos,<sup>50</sup> circunstancia que implica la existencia de formalidades o ritualidades de obligatorio cumplimiento, que les da de una u otra forma el carácter reglado, así se trate de facultades denominadas discrecionales, porque en uno u otro caso tiene que cumplirse el principio de legalidad<sup>51</sup>.

## 6. LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA NO ES UNIFORME EN LA NOCIÓN DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA, PERO RECONOCE TÁCITAMENTE LA INEXISTENCIA DE LA MISMA

La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha sido reiterativa en reconocer las facultades discrecionales de las autoridades públicas, tanto en la actuación como en las decisiones que se profieran como resultado de las mismas;

y en esta media, ha sentado posturas como la de oportunidad de la decisión, en la cual la autoridad administrativa valora en qué momento actúa y en qué momento decide,<sup>52</sup> lo que significa, que las administraciones públicas pueden autónomamente manifestar voluntariedad en el procedimiento administrativo; esta circunstancia que torna contradictoria, cuando la Alta Corporación reconoce que los actos discrecionales están sometidos al derecho, es decir, al principio de legalidad, así como al control judicial, existiendo una causal de nulidad derivada de actos arbitrarios que se pueden generar en la discrecionalidad, como es la desviación de poder<sup>53</sup>.

De la misma forma, el Consejo de Estado ha propugnado, al lado de la oportunidad de la actuación, por el criterio de la conveniencia para la Administración en la decisión<sup>54</sup>, lo que permite un amplio mar-

<sup>49</sup> La Ley de Régimen y Procedimiento Administrativo correspondiente a la Ley 30 de 1992 así lo prevé cuando en el artículo 53 al referirse a los requisitos de los actos administrativos dice: "Producción y contenido.- 1. Los actos administrativos que dicten las administraciones públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.

2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos".

<sup>50</sup> Ver artículo 54 de la Ley 30 de 1992, que regula el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo, en el sistema español (Ley 30.1992).

<sup>51</sup> Martín (2006, p. 73) así lo prevé cuando refiere: "La concesión de poderes se conecta, pues, con el principio de legalidad haciendo aparecer la Ley, en cuanto límite y condición de la actuación administrativa".

<sup>52</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 19 de octubre de 1993, radicación 4883, C.P. Álvaro Lecompte Luna, lo muestra de la siguiente manera: "Cuando existe poder discrecional, la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que la ejercerá, le deja juzgar, apreciar, medir, pensar la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que lo protege en virtud de su propia naturaleza". (Consejo de Estado. 1993).

<sup>53</sup> "Sin embargo, el acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre él la jurisdicción, ya que ha podido ser arbitrario o ha podido ser dictado con desviación de poder". (Consejo de Estado. 1993).

<sup>54</sup> C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera sentencia de julio 7 de 1972., C.P. Humberto Mora Osejo dice al respecto: "Por tanto, la discrecionalidad no significa arbitrariedad, sino una mayor libertad de la administración conforme al derecho positivo, para apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida...". (Consejo de Estado. 1972).

gen de maniobrabilidad para el desarrollo del procedimiento administrativo, sin que esto implique, como sucedía anteriormente, la ausencia de control judicial<sup>55</sup>, ya que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a través de los medios de control o acciones de legalidad y con fundamento en las causales de nulidad de los actos, especialmente la desviación de poder, lo realiza de manera estricta.

En efecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra los medios de control de la actividad de las entidades públicas, y dentro de las acciones o pretensiones estrictamente administrativas, encontramos las de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales consagran como causal de nulidad de los actos administrativos la desviación de poder, la cual determina ilegalidad de los actos, cuando las personas jurídicas del Estado se alejan de criterios de buen servicio público, mejoramiento del mismo, y del interés general, y, por el contrario, buscan intereses particulares<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Igualmente ratifica el control judicial de las actuaciones discrecionales, así: "La doctrina tradicional distinguió los actos reglados de los discrecionales como dos categorías esencialmente contrapuestas, para afirmar, respecto de los primeros, la posibilidad de control jurisdiccional, que excluía de los últimos. Pero en la actualidad la doctrina ha rectificado el criterio, por considerar que en uno o en otro caso, no se trata de categorías antitéticas, sino de poderes más o menos amplios de la administración, cuya mayor o menor amplitud varía, en múltiples formas, desde el poder estrictamente reglado hasta el puramente discrecional". (Consejo de Estado. 1972).

<sup>56</sup> La desviación de poder como causal de invalidez de los actos administrativos, es consagrada en el derecho colombiano, en términos similares a lo previsto en el derecho francés, como se puede evidenciar en las sentencias del Consejo de Estado, que desde tiempo atrás han venido consagrando

El Consejo de Estado había venido indicando que las personas designadas en provisionalidad tenían el carácter de empleados de libre nombramiento y remoción, existiendo la facultad para las autoridades públicas de retirar del servicio a dichos funcionarios a través de un acto administrativo, sin ninguna clase de motivación, por la simple decisión del nominador<sup>57</sup>; pero el Consejo de Estado ha tomado el camino de la necesidad de motivar los actos de retiro de funcionarios vinculados en provisionalidad,<sup>58</sup> con fun-

este motivo de nulidad de los actos. C.E. de Colombia, sentencia de 26 de marzo de 1943. (Pareja, 1947) dice: "El artículo 66 eleva a la categoría de ley positiva uno de los más audaces avances de la jurisprudencia francesa, en cuanto permite ejercitar la acción de nulidad contra los actos de la administración, no solo por contrarios a normas constitucionales, legales o reglamentarias, sino también por haberse expedido en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere".

<sup>57</sup> C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 04 de agosto de 2010, exp. 0319-08 M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, consignó, que el caso del retiro de empleados vinculados en provisionalidad, no era necesario motivar la decisión de retiro, en tanto los mismo, se hubieren vinculado en vigencia de la Ley 443 de 1998. (Consejo de Estado. 2010).

<sup>58</sup> C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 23 de septiembre de 2010, exp. 883-08. M.P. Gerardo Arenas Monsalve, expreso, la obligación de motivar el acto de retiro de los funcionarios provisionales vinculados después de haber sido expedida la Ley 909 de 2004, que sustituyó a la Ley 443 de 1998, con el siguiente argumento: "La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>11</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad

damento en criterio de estabilidad relativa y principios de igualdad constitucional, entre los funcionarios de carrera y los provisionales; circunstancia que determina la inexistencia de discrecionalidad por parte de la administración en el retiro de dichos empleados; pero además, porque así no fuese necesario motivar el acto, de todas maneras la decisión de retiro está determinada por criterios de interés general y mejoramiento del servicio público, pues, de no ser así, se estaría configurando una desviación de poder, circunstancia que le quita la discrecionalidad<sup>59</sup>.

En similares circunstancias, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la existencia de discrecionalidad

*relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. (...) (Consejo de Estado. 2010).*

<sup>59</sup> El C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de marzo de 2013, exp. 2105-11, M.P. Bertha Lucía Ramírez, que expresa: "De la desviación de poder.

*La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario está revestido de la presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre.*

*En el presente caso, la demandante aduce que el acto de insubstistencia no se sustentó en razones de mejoramiento del servicio sino en su precario estado de salud, que la mantuvo 178 días incapacitada y motivó una recomendación de reubicación laboral que no fue acatada. Con el fin de aclarar tal situación, el Tribunal Administrativo, recepcionó los siguientes testimonios... (fls. 77 a 84)". (Consejo de Estado. 2015).*

administrativa, en el caso del retiro del servicio de los miembros de la fuerza pública, en ejercicio de potestades discrecionales; pero de igual manera reconoce que dichas potestades deben ejercerse de acuerdo con derecho y debidamente ponderadas, lo que significa que se convierten en regladas, alejándose del criterio estrictamente discrecional, donde sólo primaba la voluntad de la entidad pública<sup>60</sup>.

Lo anterior es ratificado por la Corte Constitucional, cuando al referirse al retiro de los integrantes de la fuerza pública del Estado preceptúa que ha de motivarse el acto, con el fin que los afectados puedan controvertir en sede judicial dichas decisiones, ya que de no hacerlo, se violan los derechos de igualdad, debido proceso y acceso a la Administración de Justicia; pero, además indicó, que la motivación no debe limitarse a utilizar las

<sup>60</sup> El C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de marzo de 2013, exp. 0357-12, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, lo muestra en los siguientes términos: "Tratándose del retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional, como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

*Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por el llamado a calificar los servicios en la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad". (Consejo de Estado. 2013).*

expresiones por necesidades del servicio o por necesidades de la fuerza, ya que en estas circunstancias no es posible saber si la medida es proporcional e idónea, es decir, que ha de consignar las razones específicas que movieron a la administración al retiro, convirtiéndose en acto reglado y no discrecional<sup>61</sup>.

## 7. LA CONTRATACIÓN ESTATAL ES LA MAYOR EXPRESIÓN DE AUSENCIA DE DISCRECIONALIDAD EN LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

Si bien es cierto, la contratación del Estado es una clara demostración de las prerrogativas que le asisten a las entidades públicas en desarrollo del procedimiento administrativo, en las mismas no existe una manifestación de discrecionalidad administrativa, ya que todas las actuaciones están sometidas a las regulaciones previstas en el Estatuto Contractual Público y en las normas que lo reglamentan.

Todos los actos administrativos que se dicten en las etapas precontractual, contractual y post contractual, tienen que ser motivados, es decir, que la Administración debe consignar en el acto las razones que la mueven para tomar una decisión;<sup>62</sup>

circunstancia que permitirá, una interpretación adecuada y un control judicial conforme a la realidad fáctica de los mismos.

Lo anterior es tan claro, que cuando una entidad pública hace uso de una potestad unilateral excepcional, por ejemplo la declaratoria de caducidad del contrato por incumplimiento del contratista, el acto que se dicte debe ser motivado, lo que evidencia una actividad típicamente reglada<sup>63</sup>, ya que la entidad pública debe comprobar la existencia del incumplimiento y consignarlo en el acto de declaratoria del mismo.

Por otra parte, existe otro principio dentro de la contratación del Estado que demuestra el formalismo y la ausencia de discrecionalidad en este procedimiento administrativo, como es el debido proceso, que está referido fundamentalmente a la facultad sancionatoria que, como medio de coerción para el cumplimiento del contrato, puede ejercer la entidad pública frente al contratista, pero que

ser motivados, con excepción de los de trámite, es decir, aquellos que se limitan a impulsar el procedimiento administrativo.

<sup>61</sup> Así se ve en la Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-265 de mayo 8 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio. Donde consignó que el retiro de los agentes de las fuerzas armadas, debe ser probada, razonable y contener argumentos objetivos y precisos; determinantes que la alejan de facultades discrecionales. (Corte Constitucional. 2013)

<sup>62</sup> Así lo prevé el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que constituye el Estatuto de Contratación Pública en Colombia, haciendo referencia al principio de transparencia, en el numeral 7, exige que los actos que se dicten en los procesos de contratación deben

<sup>63</sup> C.E. de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de octubre de 1994, exp. 11197, M. P. lo evidencia de la siguiente manera: *"La expresión 'incumplimiento grave' es un típico concepto jurídico indeterminado que la administración no es libre de suponer que existe o se presenta, a pesar de que a su juicio queda librada la estimación o valoración de los hechos constitutivos de tal incumplimiento. Al apreciar esos mismos hechos, el juez del acto debe llegar a la misma conclusión a la que llegó la administración, so pena de la nulidad de la decisión. No es como lo asegura la entidad demandada, que dicha cláusula le confirió plena competencia discrecional para tasar o juzgar la gravedad del incumplimiento con miras a detener la continuación de un contrato ya inconveniente por esa causa"* (Consejo de Estado. 1994).

en cualquier evento ha de sujetarse a las formalidades del Estatuto contractual.

La ley 1150 de 2007 al referirse a la imposición de multas y en general a la potestad sancionatoria de la Administración en el contrato, expresó la obligatoriedad de garantizar el debido proceso<sup>64</sup>, el derecho de defensa y la existencia de audiencia pública para la imposición de la sanción (Ley 1150. 2007. art 17 el cual fue desarrollado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que constituye el Estatuto Anticorrupción de Colombia, que establece un procedimiento sumario y por audiencias para la imposición de las sanciones, en el cual el contratista debe conocer los hechos que se le imputan, tener la oportunidad de rendir los descargos y solicitar las pruebas correspondientes e impugnar las decisiones que se adopten.

En el mismo sentido, el principio de la habilitación legal refleja que en la contratación pública no existe discrecionalidad, ya que cualquier actuación debe estar autorizada por una norma legal, lo cual resulta llamativo si tenemos en cuenta que en todo contrato, ya sea público o

privado, están involucradas dos partes que son las que determinan los acuerdos, las obligaciones y derechos derivados del mismo y, además, que el propio estatuto contractual reconoce el principio de la autonomía de la voluntad.

Una muestra del principio se refleja en la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en contratos donde el legislador no se ha pronunciado en ningún sentido, ya que existen dos clases de contratos, que se refieren a las mismas, así: el primero donde es obligatorio pactarlas, porque si no se pactan se consideran incorporadas en el contrato<sup>65</sup>, y el segundo que prohíbe expresamente incluirlas en los contratos del Estado<sup>66</sup> lo que significa que existe

<sup>65</sup> Artículo 14 Ley 80 de 1993, que establece: "*pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación, modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

*Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.*

*En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente".* Debe aclararse en este momento, que si se revisa el contenido del artículo transcrito, pareciera que existe una tercera clase de contratos, donde es facultativo acordar cláusulas excepcionales, pero de acuerdo con la redacción de la norma, esto no es posible, por cuanto lo facultativo es incluido en lo obligatorio, cuando dice que todos los contratos incluidos en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, si no pactan cláusulas excepcionales se consideran pactadas y así dejan de ser facultativas,

<sup>66</sup> El parágrafo del artículo 14 de la Ley Colombiana 80 de 1993, expresamente prohíbe pactar cláusulas excepcionales en contratos de empréstito, con personas públicas internacionales o de coopera-

<sup>64</sup> El C. E, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2011, exp. 1996-06217, M.P. Olga Valle de la Hoz, hace referencia al debido proceso y al derecho de defensa en los siguientes términos. "*De conformidad con lo expuesto, no hay duda que la jurisprudencia de la Sección exige o estima indispensable que se lleve a cabo un debido proceso integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad contratante, que imputa cargos al contratista, en donde se indique los hechos que la originan, que sanción podrá imponerse, y que pruebas de ello tiene la administración, a fin de darle la oportunidad al contratista para que haga valer su derecho de defensa frente a los hechos que le imputan*" (Consejo de Estado. 2011).



otra clase de contratos en los cuales el legislador no ha dicho si se deben incluir o si está prohibido hacerlo, circunstancia que permitiría pensar que con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, las partes están en posibilidad de determinar su inclusión en el contrato; pero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que no es posible pactar cláusulas excepcionales en los contratos en los que la ley no ha expresado nada, por cuanto ha de existir la habilitación legal para poder hacerlo (Consejo de Estado, 2006).

Como se puede observar, la actividad contractual está fuertemente regulada, ritualizada, por normas legales, quitándole cualquier carácter discrecional al procedimiento administrativo y a las decisiones que se puedan tomar como consecuencia de la misma; lo cual es comprensible, pues el principio de legalidad, que involucra los principios ya mentados, es de obligatorio cumplimiento en todas las etapas de la contratación pública, sin dejar mayor espacio de acción para las partes en el contrato<sup>67</sup>.

Es evidente que el procedimiento administrativo de contratación es estrictamente reglado, que se aleja de cualquier concepto de discrecionalidad administra-

tiva, incluso en aspectos precontractuales donde la voluntad de la Administración es la que supuestamente opera, como por ejemplo en el pliego de condiciones; esto es así, ya que el propio estatuto contractual indica cuáles han de ser los contenidos mínimos del pliego, quitándole la posibilidad de una amplia regulación a las administraciones públicas (Decreto 1510. 2013).

## CONCLUSIONES

Todas las actuaciones de las autoridades públicas deben someterse a las regulaciones previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso - Administrativo o en las leyes que se dicten para casos de procedimientos especiales; ello significa que la actividad de la Administración Pública está determinada por las regulaciones de procedimiento administrativo preexistentes, que no son otra cosa que la expresión del principio del debido proceso, que con el rango de derecho fundamental se consagra en la Constitución.

Las entidades del Estado deben obediencia al derecho y a la legalidad en sentido estricto, circunstancia que implica que cualquier procedimiento administrativo deba ajustarse al criterios de legalidad, para evitar la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y en última instancia la anarquía administrativa; evidenciando ausencia en las potestades discrecionales de las administraciones públicas, por el imperioso sometimiento de su actividad a la ley.

ción, ayuda o asistencia, donación arrendamiento, interadministrativos, entre otros.

<sup>67</sup> Esto se evidencia en cada una de las regulaciones que el Estatuto Contractual Público colombiano hace, como se puede notar desde la consagración que hace el artículo 1º de la Ley 80 de 1993, que contempla: "*Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*" (Ley 80. 1993).



En los actos administrativos la voluntad que se contiene es la de la ley y no la de la Administración, porque en los actos reglados las entidades públicas no se pueden apartar de ninguna forma del precepto legal, y en los denominados discrecionales, aunque existe algún grado de amplitud o autonomía en la decisión, tampoco es posible para que las administraciones se aparten de la ley y en última instancia la voluntad que se evidencia es la de ella, lo que determina la inexistencia de discrecionalidad administrativa en los mismos; por tal razón la definición de acto administrativo se debe contener en la expresión de voluntad de la ley, instrumentalizada en los actos de la Administración.

En los conceptos jurídicos indeterminados, no es posible hablar de discrecionalidad administrativa y voluntad de la Administración, por las regulaciones legales a que están sometidas las administraciones públicas, que de una u otra manera las llevan siempre a expresar una decisión prevista en la ley, sea ésta decisión única o adecuada como solución correcta o verdadera dentro de la actuación administrativa o que permita varias posibilidades dentro de la actuación administrativa, para resolver en uno u otro sentido, lo que significa que se trata de valoraciones regladas.

La contratación del Estado es el procedimiento con mayor expresión de formalismos en la actuación administrativa, ya que en cada una de las etapas del mismo se evidencia lo reglado, o si no que lo digan los trámites de selección de contratistas,

la aplicación de las potestades públicas como la caducidad, que no es más que la expresión del debido proceso, asistido del principio de la habilitación legal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bocanegra Sierra, R. (2005). La teoría del acto administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Iustel.
- Expósito Vélez, J. (2003). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Frier, P. y Petit, J. (2008) Précis de Droit Administratif (quinta edición). Paris : Montchrestien
- Gallego Anabitarte, A. y Menéndez Rexach, Á. (2011). Acto y procedimiento administrativo. Madrid: Marcial Pons
- García De Enterría, E. (2005). Democracia, jueces y control de la Administración, (quinta edición – reimpresión). Madrid: Editorial Civitas
- García De Enterría, E. (1995) La lucha contra las inmunidades del poder (tercera edición). Madrid: Editorial Civitas.
- Güechá Medina, C. (2009) Contratos administrativo. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Guglielmi, G. Y Koubi, G. (2011). Droit du service public (tercera edición) París: Montchrestien.
- Kaufman, A. (1999). Filosofía del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D. (2006). El derecho de los jueces (segunda reimpresión). Bogotá: Editorial Legis.
- Marín Hernández, H. A. (2007). Discrecionalidad administrativa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

- Martín Mateo, R. (2006). *Manual de Derecho Administrativo*, Thomson Aranzadi, veinticincoava edición, Navarra: Thomson Aranzadi.
- Morand-Deviller, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Parada, R. (2004) *Derecho Administrativo T. I., parte general* (decimoquinta edición) Madrid: Marcial Pons.
- Parejo Alfonso, L. y otros. (1998) *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 1*. (Quinta edición) Barcelona: Ariel Derecho.
- Rivero, J. (1984) *Derecho administrativo* (traducción de la novena edición) Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Rivero, J. (2002) *Páginas de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rota, P. (2009). *El principio de legalidad y la forma del acto administrativo*. Buenos Aires Argentina: Perrot.
- Sainz Moreno, F. (1976). *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Editorial Civitas.
- Sánchez Torres, C. (2004). *Acto administrativo- Teoría general* (tercera edición) Bogotá: Editorial Legis.
- Santofimio. J. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II* (tercera edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.